

PROPRIEDADE INDUSTRIAL E CONCORRÊNCIA UMA LEITURA ECONÓMICA DA SUA INEVITÁVEL COMPLEMENTARIDADE

*Jaime Andrez*¹

ABSTRACT: Sustaining an 'inevitable complementarity' between competition and intellectual property laws with the aim of innovation, economic growth and consumer welfare, this article analyses the alleged conflicts between the concepts of those two law groups. In this analysis, we deal with the essential concepts for its understanding, in connection with innovation, competition and intellectual property, the questions related to the interface between the laws of competition and intellectual property, the main sources of anti-competitive conflicts that may occur with the abusive use of intellectual property rights and the economic reading of the paths that assure the mentioned 'inevitable complementarity' of those law and economics schemes, suggesting a 'meso-analytical' and integrated approach (the English version of the article is available at www.concorrencia.pt).

SUMÁRIO: Introdução. 1. Conceitos envolvidos. 1.1. A dinâmica da inovação. 1.2. Concorrência. 1.3. Propriedade Intelectual. 2. A interface entre a LdC e os DdPI. 2.1. Justificação económica da PI. 2.2. Diferentes noções de monopólio que importa consensualizar. 2.3. Duração e âmbito. 2.4. Garantia da inovação na patente. 3. Potenciais conflitos concorrenciais da PI. 3.1. Recusa de licença (Venda). 3.2. Práticas unilaterais de licença. a) Vendas (licenças) subordinadas. b) Obrigação de concessão inversa da licença. c) Outros casos de práticas unilaterais. 3.3. Acordos entre empresas ou práticas concertadas de licenças de DdPI. 4. A complementaridade das políticas. 4.1. A abordagem meso-analítica da complementaridade. 4.2. Uma abordagem 'mais económica' da complementaridade. 4.3. Movimento para regular contratualmente o licenciamento de patentes. 5. Conclusões: o que fazer?

¹ Vogal do Conselho da Autoridade da Concorrência e Professor Associado Convidado do Instituto Superior de Economia e Gestão (ISEG) da Universidade Técnica de Lisboa.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da economia orientada para o conhecimento e a consolidação de uma Sociedade de Informação exige, cada vez mais, a utilização crescente de factores dinâmicos de competitividade, dos quais a inovação é uma componente central.

Se, por um lado, as legislações da concorrência e da propriedade intelectual (PI) são fundamentais para assegurar o quadro regulatório adequado a essa dinâmica competitiva, por outro lado, discute-se por vezes a sua coexistência, apontando-se contradições entre as vias de promoção da inovação prosseguidas por cada uma.

É a velha controvérsia entre a alegada criação de monopólios no âmbito da concessão de direitos de propriedade intelectual (DdPI²), dada a sua natureza exclusiva, e os objectivos subjacentes às legislações da concorrência, segundo os quais o monopólio é algo a evitar.

Mas há uma diferença entre a ‘existência’ de um DdPI e o seu ‘exercício’, e, principalmente, o ‘exercício abusivo’ desse direito. Aliás, como refere Kallay (2004: 124), só o exercício abusivo de um DdPI, mais do que a sua existência, deve ser sujeito à avaliação no contexto concorrencial da legislação da concorrência (LdC).

Importa, no entanto, ter em conta que as legislações da concorrência e da PI tendem a intervir em diferentes estádios do processo inovativo e da vida económica dos DdPI, enquanto activos intangíveis. Na verdade, a propriedade intelectual surge de imediato à concessão do direito, enquanto a LdC só intervém quando se verifica o exercício desse direito e, designadamente, na presença de um comportamento que suscita preocupações jus-concorrenciais.

De facto, em determinadas circunstâncias, poder-se-ão verificar abusos concorrenciais resultantes de uma indevida utilização dos DdPI, quando tal é facilitado por um certo poder de mercado.

Esta situação tem gerado leituras diversas sobre a articulação entre os normativos da concorrência e da PI, que vão desde o extremo de negar a utilidade da propriedade intelectual, até aos esforços para assegurar a sua complementaridade, passando por leituras generalizadas de conflito entre os dois conjuntos normativos a partir da simples lógica de que os direitos exclusivos de PI excluem, sempre, a concorrência.

² Utilizaremos esta sigla tanto no plural como no singular, conforme o sentido da frase.

Estamos convictos de que o desafio para as políticas da concorrência e da PI é o de encontrarem o equilíbrio adequado entre as protecções da concorrência e os DdPI .

Neste artigo procuramos analisar esta temática, abordando os conceitos essenciais para a sua compreensão (Secção 1), as questões relativas à interface entre as legislações da concorrência e da PI (Secção 2), as principais fontes de geração de conflitos anti-concorrenciais passíveis de ocorrer no âmbito da utilização abusiva dos DdPI (Secção 3) e a leitura económica das vias que asseguram a complementaridade entre aqueles dois importantes conjuntos normativos (Secção 4). Nas conclusões, procuraremos sintetizar o que fazer para conciliar estes dois conjuntos normativos, tendo em atenção a análise previamente desenvolvida ao longo deste artigo (Secção 5).

1. CONCEITOS ENVOLVIDOS

Antes do desenvolvimento da temática relacionada com a interface entre as legislações da concorrência e da PI, e os riscos anti-concorrenciais e as trajetórias de complementaridade a elas inerentes, importa clarificar os conceitos fundamentais associados, por um lado, à concorrência e à PI, e, por outro lado, à inovação e ao processo inovativo a que estão profundamente ligadas em termos de objectivos e de impactos.

1.1. A dinâmica da inovação

No mundo complexo de hoje, ditado por paradigmas económicos associados à transformação da economia numa dimensão global sem paralelo na história da humanidade – onde todos competem com todos, onde tudo serve para competir e onde se procede à desmaterialização dos factores competitivos –, as políticas de inovação são vias estratégicas determinantes para gerarem eficiência e diferenças competitivas fundamentais que sejam capazes de assegurar a manutenção e o desenvolvimento das empresas no mercado.

A Inovação é entendida, aqui, em termos genéricos, como a introdução no mercado de ideias novas, que acrescentem valor económico às actividades da empresa³. De acordo com Schumpeter, referido no Manual de Oslo da OCDE (2005: 17), o conceito de inovação, em termos estratégicos, é amplo e cobre, nomeadamente:

³ Greenhalgh & Rogers, 2008: cap. 1.

- A introdução de um novo produto ou a mudança qualitativa de um produto existente;
- A introdução de um processo novo numa determinada indústria;
- A abertura de um novo mercado;
- O desenvolvimento de novas fontes de abastecimento de matérias-primas ou de outros materiais; e
- Uma alteração na organização empresarial (a nível industrial).

A inovação é, pois, uma das mais importantes estratégias competitivas das empresas e está associada à maior parte de outros factores de competitividade, como são os casos da produtividade, do *design*, da qualidade, da organização e do *marketing*.

Na realidade, a inovação é responsável por externalidades positivas importantes para o reforço da eficiência e da diferenciação, que se podem sintetizar nas seguintes:

- Cria novidade, promovendo a diferenciação (efeito diversidade), o que permite gerar a diferença competitiva capaz de influenciar a escolha dos clientes actuais e potenciais (consumidores finais ou intermédios);
- Melhora os procedimentos a favor da produtividade, da qualidade, da organização e do *marketing* (efeito eficiência), reforçando os factores de competitividade; e
- Gera valor económico, conferindo um ‘prémio de preço’ que aumenta o valor do produto (efeito valor) que, por sua vez, favorece o crescimento económico (efeito volume) das empresas e das regiões.

Na verdade, é geralmente aceite e fundamentado o ponto de vista de que a inovação é a principal fonte do crescimento económico⁴ diríamos, qualificado.

Por outro lado, a inovação beneficia os consumidores através da oferta de novos e melhores produtos e serviços, promove o crescimento económico e, com ele, o emprego e o bem-estar. Uma economia com vocação para a invenção e a inovação favorece a dinâmica do seu crescimento económico e melhora o nível de vida das pessoas (FTC⁵, 2003: cap. 1, p. 1).

4 Kolstad, 2008: 4.

5 *Federal Trade Commission (United States)*.

A eficácia das estratégias de inovação dependerá, decisivamente, de um ambiente de negócios que as promovam, nomeadamente através de:

- Uma concorrência dinâmica, capaz de estimular uma competição saudável, assente em capacidades competitivas sustentadas e sustentáveis, oferecendo novidade, diversidade, qualidade e quantidade necessária na oferta de bens e serviços à Sociedade;
- Um sistema empresarial completo e qualificado, em termos de serviços de apoio técnico e tecnológico e de financiamento a estratégias empresariais assentes em oportunidades de inovação inspiradas nos produtos e nos mercados, e não nas dimensões empresariais;
- Uma *better regulation*⁶, que facilite uma aplicação adequada dos dois conjuntos normativos essenciais para a promoção de um ambiente competitivo, capaz de induzir estratégias empresariais de inovação, isto é, as legislações da concorrência e da propriedade industrial.

1.2. Concorrência

A Teoria Económica diz-nos que a concorrência efectiva é um mecanismo que permite atingir uma combinação óptima de produtos e serviços, em relação a quantidades, preços, qualidade e escolhas do consumidor⁷. Por essa razão, considera-se a Concorrência como um Bem Público (*public good*) que, no dizer de Moura e Silva (2008: 9), é juridicamente protegido.

Por bens públicos entendem-se aqueles que têm dois aspectos distintos: a “não exclusão” e o “consumo sem rivalidades”⁸; “não exclusão” significa que todos os podem consumir, paguem ou não; “consumo sem rivalidades” quer dizer que o seu consumo por alguém não exclui o seu consumo por outrem⁹.

Para Kolsatd (2008: 4) é claro que há uma relação directa entre o mecanismo de funcionamento de mercado e os incentivos que os agentes económicos têm para inovar no mercado. De facto, a concorrência entre empresas

6 A *better regulation* é a designação utilizada pela Comissão Europeia para se referir ao desígnio estratégico da U.E. de se conseguir um ambiente regulatório de negócios adequado a influenciar a competitividade empresarial (ver site informativo sobre as iniciativas comunitárias neste âmbito: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/better-regulation/index_en.htm).

7 FTC, 2003: cap. 1, p. 3.

8 Cowen, 2001: 23.

9 Os bens privados são, assim, exclusivos e rivais; o direito ao seu consumo deve ser pago e o seu consumo por alguém impede o consumo por outrem.

leva os inventores a quererem ser os primeiros no mercado, com novos produtos e serviços ao preço e com a qualidade que os consumidores desejam¹⁰.

Neste âmbito, a concorrência é entendida numa tripla acepção¹¹:

- Tipo de comportamento, sendo sinónimo de rivalidade activa, que implica estratégias diversas para captação de clientes e de quotas de mercado, tais como de preço, de qualidade de produto ou de serviço após venda, ou em todos os factores aos quais os clientes atribuem importância; opõem-se a comportamentos de *dominação* ou de *colusão* com os seus pares;
- Princípio de organização de mercado, sendo uma forma eficiente de organização da vida económica; é um complemento da livre iniciativa e da livre formação dos preços;
- Representação conceptual, assumindo um critério de classificação das formas de mercado¹², opondo-se ao conceito de monopólio e, por isso, com a ausência da manifestação de poder de mercado¹³.

Entende-se, aqui, por poder de mercado a capacidade de impor, de maneira lucrativa e duradoura, preços superiores aos competitivos, com a quantidade a um nível inferior à procura do mercado (Araújo & Fortes, 2008: 6 e Kallay¹⁴, 2004: 21).

Em Portugal, a concorrência é regulada pela Lei da Concorrência¹⁵, que tem o objectivo de promover e proteger a concorrência e o processo competitivo por meio da prevenção e da repressão de práticas que impeçam o livre mercado, ou seja, por meio da promoção e defesa da concorrência, nomeadamente através:

¹⁰ FTC, 2003: cap. 1, p. 1.

¹¹ Bangy & Ferreira, 1998: 30.

¹² Para além do monopólio, oligopólio e concorrência monopolística.

¹³ Também denominado *Poder de Monopólio*.

¹⁴ Citando o parágrafo o.1 da *Horizontal Merger Guidelines* (de 2 de Abril de 1992, revistas em 8 de Abril de 1997) da DOJ FTC (consultável em <http://www.usdoj.gov/atr>).

¹⁵ Tal como aprovada pela Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

- Do controle das operações de concentração que diminuam substancialmente a concorrência¹⁶, envolvendo, também, activos intangíveis associados aos DdPI ;
- Da proibição de práticas restritivas (ou proibidas) da concorrência¹⁷, incluindo as que implicam o uso de DdPI .

No que se refere às práticas restritivas, e porque elas serão analisadas no contexto dos ilícitos concorrenciais que podem ocorrer no âmbito da utilização dos direitos de propriedade intelectual, poderíamos, de uma maneira muito sintética, identificá-las da seguinte forma:

- Práticas colectivas, das quais se destacam os acordos de empresas (*cartels*), decisões de associação de empresas e outras práticas concertadas entre empresas, para fixar preços e outras condições de transacção, limitar ou controlar a produção e distribuir ou repartir mercados, tanto de natureza horizontal como vertical; incluiríamos também nestas práticas o abuso colectivo de posição dominante que impeça, falseie ou distorça a concorrência;
- Práticas individuais de abuso de poder de mercado, face a clientes e concorrentes, por parte de grandes empresas, designadamente:
 - A exploração abusiva de uma posição dominante¹⁸, com o objectivo de impedir, falsear ou distorcer a concorrência;
 - A exploração abusiva de uma dependência económica em relação a um fornecedor ou cliente que não disponha de alternativa equivalente;
 - A discriminação de preços, a recusa de compra ou de venda e a imposição abusiva de condições contratuais suplementares.

Em termos gerais poderíamos dizer que o Direito da Concorrência visa reprimir o abuso do poder económico tendente à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros¹⁹.

¹⁶ Tal como disposto, em Portugal, nos artigos 4.º e seguintes da Lei da Concorrência.

¹⁷ Tal como disposto, em Portugal, nos artigos 8.º e seguintes da Lei da Concorrência.

¹⁸ Entende-se por empresa com posição dominante, aquela que actua num mercado no qual não sofre concorrência significativa ou assume preponderância relativamente aos seus concorrentes [ver alínea a), do n.º 2, do artigo 6.º, da Lei da Concorrência]; envolvendo duas ou mais empresas, poder-se-á considerar posição dominante colectiva, [ver alínea b) do artigo citado].

¹⁹ Araújo & Fortes, 2003: 1.

1.3. Propriedade Intelectual

A Propriedade Intelectual²⁰ inclui a Propriedade Industrial, o Direito de Autor²¹ e os Direitos Conexos²² e confere o direito à utilização exclusiva da respectiva informação técnica, comercial e industrial.

Embora a quase totalidade dos autores citados se refira a PI, na verdade os direitos que estão em causa no contexto desta análise são essencialmente os de Propriedade Industrial – nomeadamente quando abordamos a sua relação com a inovação e o crescimento económico, por um lado, ou o licenciamento de direitos, por outro lado – e, mais propriamente, as patentes. De um modo geral, manteremos, por uma questão de harmonização terminológica, essa opção de nos referirmos, de forma ampla, aos direitos de Propriedade Intelectual (DdPI). Numa opção livre, preferiríamos *Propriedade Industrial*. Para a essência do debate e dos argumentos utilizados, não releva a utilização de um ou do outro termo. Particularizaremos as referências à propriedade industrial, ou mesmo às patentes, quando entendermos justificado.

Assim, e mais concretamente, a propriedade industrial designa um conjunto de direitos exclusivos inicialmente associados à actividade industrial e, posteriormente, também comercial²³, visando, por isso, a protecção de invenções, criações estéticas (*design*) e sinais usados para distinguir produtos e empresas no mercado.

A propriedade industrial é regulada, em Portugal, pelo Código da Propriedade Industrial²⁴ (CPI).

Importa ter em conta, numa leitura económica, que esse conjunto de direitos de utilização exclusiva – temporários ou permanentes²⁵ – incidem sobre o resultado de investimentos em inovação, resultantes de:

20 Utiliza-se a definição constante do Portal da Empresa disponível em: http://www.portaldaempresa.pt/CVE/pt/AreasdeInteresse/Inovacao_Tecnologia_Qualidade/PropriedadeIntelectual/).

21 Corresponde aos direitos sobre as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, por qualquer modo exteriorizadas, entre os quais se inscreve o *copyright*.

22 Corresponde aos direitos sobre as prestações dos artistas, intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e de videogramas e dos organismos de radiodifusão.

23 Moura e Silva, 2008: 477.

24 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março, alterado pelos Decretos-Lei n.º 318/2007, de 26 de Setembro, e n.º 360/2007, de 2 de Novembro, pela Lei n.º 16/2008, de 1 de Abril, e pelo Decreto-Lei n.º 143/2008, de 25 de Julho, que o republicou.

25 Como é o caso das marcas, desde, evidentemente, que a mesma seja regularmente renovada.

- Iniciativas de investigação, desenvolvimento e inovação (IDI²⁶), isto é, de invenções, através de Patentes²⁷ (de invenção)²⁸;
- Actividades de criação (*design*), através de Desenhos ou Modelos²⁹, isto é, a aparência da totalidade ou de parte de um produto³⁰;
- Acções de promoção da imagem dos produtos ou da empresa (*marketing*), através de Marcas³¹ ou de outros sinais³².

Em termos económicos, a propriedade industrial também produz, no âmbito do processo inovativo, externalidades positivas que importa reter:

- Por um lado, ao proteger os resultados dos investimentos em IDI e em criações, com impacto na sua rendibilidade (beneficiando da exclusividade e do tempo em que esta é concedida), (re)incentiva a própria inovação;
- Por outro lado, ao disponibilizar informação sobre as invenções e criações objecto de pedidos de protecção, estimula a IDI e as invenções futuras e permite a defesa dos DdPI associados através da vigilância do estado jurídico desses direitos;
- Finalmente, ao conceder direitos exclusivos, viabiliza o mercado de tecnologia (de activos intangíveis de direitos de propriedade industrial), conferindo o direito, e o respectivo título de propriedade (por exemplo, uma patente) de uma *commodity*.

Considera-se mercado de tecnologia o conjunto de conhecimentos técnicos passíveis de transmissão a terceiros, patenteáveis ou sujeitos a segredo,

26 Utilizaremos esta expressão sempre que nos referirmos a qualquer actividade de investigação tecnológica com o propósito da inovação (Norma Portuguesa, NP 4456:2007).

27 Ver artigo 51.º e seguintes do CPI.

28 Em Portugal, poder-se-á proteger os direitos sobre uma invenção através do Modelo de Utilidade, cujo procedimento administrativo é mais simplificado e mais célere do que o das patentes (ver artigo 117.º e seguintes do CPI).

29 Ver artigo 173.º e seguintes do CPI.

30 Resultante, nomeadamente, das características de linhas, contornos, cores, forma, textura ou materiais do próprio produto e da sua ornamentação.

31 Ver artigo 222.º e seguintes do CPI.

32 A marca pode ser constituída, de um modo geral, por um sinal ou conjunto de sinais susceptíveis de representação gráfica, nomeadamente palavras, incluindo nomes de pessoas, desenhos, letras, números, sons, a forma do produto ou da respectiva embalagem, desde que sejam adequados a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas.

enquanto saber-fazer, podendo a própria tecnologia ser encarada como um bem passível de ser transaccionado³³.

A Política de Patentes leva, assim, os inventores a investirem tempo e dinheiro em invenções em razão de se lhes conceder o direito exclusivo para fazer, usar e vender a invenção durante o período de tempo considerado suficiente para o inventor realizar os rendimentos suficientes para recuperar o investimento realizado³⁴.

Existem duas importantes diferenças entre a PI e a propriedade real (física ou tangível): a PI tem fortes características de um Bem Público e tende a gerar uma quantidade significativa de informação socialmente útil, fazendo da difusão dessa informação uma questão importante³⁵.

A informação gerada no âmbito do processo de concessão de DdPI é considerada, no âmbito da Teoria Económica, também ela, como um Bem Público a promover, a proteger e a disseminar³⁶.

Saibamos, neste contexto, reconhecer a função da propriedade industrial, tanto como elemento regulador, como de estímulo à inovação, salientando o esforço recente para a assumpção da “função de disseminação”, a par do reforço da “função de protecção”, como *core-business* tradicional do sistema da PI³⁷.

Acresce, ainda, em Portugal e noutros países, o contributo da propriedade industrial para a promoção e a protecção da concorrência leal³⁸, ou, noutras palavras, para o combate à concorrência desleal.

O regime da concorrência desleal distingue-se do da defesa da concorrência na medida em que, por um lado, se centra na tutela de interesses privados, ainda que com uma vertente pública, como seja a confiança no mercado; e, por outro, a concorrência desleal tipifica actos que, independentemente do seu objecto ou efeito na concorrência, contrariem as “normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade económica”; quer isto dizer que a sua censu-

33 Moura e Silva, 2008: 563.

34 FTC, 2003: cap. 1, p. 1.

35 Régibeau & Rocket, 2004: 5.

36 Gallini & Trebilcock, 1997: 325.

37 Andrez & Maurício, 2002: 4.

38 O artigo 1.º do CPI português determina que a “propriedade industrial desempenha a função de garantir a lealdade da concorrência, pela atribuição de direitos privativos sobre os diversos processos técnicos de produção e desenvolvimento da riqueza”.

rabilidade decorre, não de um dano ou de um perigo para o funcionamento da concorrência, mas do desvalor ético que a comunidade atribui a certos métodos de concorrência, cuja qualificação como desleais os afasta dos meios a que os concorrentes podem recorrer, independentemente da sua dimensão ou impacto no mercado³⁹.

Um inquérito realizado entre 2000 e 2008, pela Comissão Europeia (CE) sobre a concorrência no sector farmacêutico⁴⁰, para compreender a origem de atrasos na colocação de produtos genéricos no mercado e a diminuição da entrada de novos medicamentos no mercado, demonstra a prática de actos de concorrência desleal por recurso a medidas dilatórias pelas empresas proprietárias dos medicamentos originais, para atrasar ou bloquear a entrada dos genéricos, criando-se um ambiente anti-concorrencial condenável, nomeadamente através de campanhas de *marketing* anti-genéricos, para além de outras práticas mais complexas, tais como:

- Pedidos múltiplos de patente para o mesmo medicamento (num exemplo extremo, um produto originou 1300 pedidos);
- Celebração de acordos com empresas de genéricos para restringir a capacidade de comercialização de genéricos ou para pôr termo a litígios⁴¹;
- Introdução no mercado de medicamentos de 2.^a geração ou medicamentos de 2.^o uso (*follow-on products*).

Refira-se que o combate à concorrência desleal não é exclusivo da propriedade industrial; aliás, Oliveira Ascensão (2002: 266), embora reconheça que a concorrência desleal seja do domínio formal do CPI, sustenta que não é, ela própria, propriedade industrial; será antes sanção de formas anómalas da concorrência⁴².

39 Moura e Silva, 2008: 482.

40 Disponível em <http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html>.

41 No âmbito destes acordos, foram pagos mais de € 200 Milhões às empresas produtoras de genéricos por parte das empresas detentoras das patentes que caíram no domínio público.

42 Esta citação inspirou o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa n.º 9426/2003-7 em considerar que “é da competência do Tribunal cível e não do Tribunal do Comércio o julgamento de uma acção indemnizatória (...)” no âmbito da concorrência desleal.

Na verdade, o combate à concorrência desleal faz-se também, por exemplo, através do combate às práticas restritivas do comércio⁴³ (como são os casos das práticas de vendas com prejuízo, de ausência de tabelas de preços ou condições de venda exorbitantes relativamente às restantes condições gerais de venda, entre outras), entendidas como complementos à promoção da concorrência.

2. A INTERFACE ENTRE A LdC E OS DdPI

Como atrás se disse, tem-se assumido que as legislações da concorrência e da PI geram, pela sua própria natureza, potenciais conflitos na sua aplicação.

Estes conflitos resultam de vários paradoxos:

– Primeiro, para corrigir uma falha do mercado, receita-se o remédio mais oposto à liberdade de mercado, isto é, o monopólio⁴⁴;

– Segundo, se por um lado a Sociedade pode ter perdas durante o período de exploração de patentes (restrição à concorrência estática), por outro, beneficia em eficiência dinâmica (diversidade, qualidade e inovação) e bem-estar do consumidor⁴⁵;

– Finalmente, um verdadeiro paradoxo da própria concorrência, que é a falha de mercado, ou a impossibilidade do funcionamento adequado da livre concorrência, que retira incentivos à inovação e conduz ao aparecimento do conjunto de restrições à concorrência que consistem na PI⁴⁶.

De uma forma geral, aceita-se que o direito de autor, e até as marcas e os desenhos industriais, geram menos poder de mercado (Landes & Posner⁴⁷, 2003, *apud* Barbosa, 2006: acetato 41). Dada a necessidade de economia do espaço de escrita, concentrar-nos-emos, essencialmente, nas Patentes quando tratarmos de DdPI.

Quatro aspectos de maior sensibilidade e controvérsia são normalmente tidos em conta nesta discussão:

43 Cujo regime consta, em Portugal, do Decreto-Lei n.º 370/93, de 29 de Outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 140/98, de 16 de Maio.

44 Barbosa, 2006: acetato 13.

45 Jasper, 2007: acetato 9.

46 Barbosa, 2006: acetato 12.

47 Landes & Posner, 2003: 374.

- A justificação económica da PI⁴⁸;
- A noção aplicável de monopólio;
- O âmbito e a duração da patente; e
- A justeza da concessão da patente.

2.1. Justificação económica da PI

Do ponto de vista económico, os DdPI são uma condição necessária para se atingir a eficiência. O conceito económico de eficiência assenta na noção de custo de oportunidade, sendo o custo de oportunidade do uso de qualquer recurso o rendimento que se obteria desse recurso na alternativa da sua melhor utilização⁴⁹.

Aqueles autores (p. 10) sublinham, neste âmbito, que os dois grandes factores que explicam a necessidade de conceder direitos sobre os activos de PI são o efeito de recompensa, que estimula o investimento e assegura que o investidor possa obter benefícios significativos da inovação, e a difusão da informação, ou efeito disponibilização (*disclosure*) a favor da evolução tecnológica.

Neste contexto, um dos primeiros dados a reter é o de que a PI é um bem imaterial, normalmente dispendioso para adquirir e barato para transmitir (custo marginal de cópia baixo), o que provoca uma externalidade negativa que reduz o incentivo à inovação⁵⁰.

Noutras palavras, é da natureza da PI que os custos fixos para produzi-la tendem a ser muito elevados, ao passo que os custos marginais são virtualmente zero, por ser quase nulo o custo da cópia e o uso da ideia depois de inventada⁵¹.

É por isso que, por vezes, o proprietário de uma patente, devido à possibilidade da sua desapropriação (*misappropriability*), só descobre que a sua invenção está a ser utilizada por outrem quando as suas vendas começam a diminuir. Para preservar os incentivos para inventar, a Política de Patentes protege os inventores dessa desapropriação (*misappropriation*)⁵².

48 Neste contexto, estaremos mais a referir-nos a propriedade industrial.

49 Régibeau & Rocket, 2004: 5.

50 Jasper, 2007: acetato 7.

51 Tom, 1997: 24.

52 FTC, 2003: 6.

Segundo Barbosa (2006, acetatos 5 e 8), existe um problema no mercado: a natureza dos bens imateriais, como é o caso do conhecimento ou da informação associados à invenção, faz com que, em grande parte das hipóteses, um bem dessa natureza, uma vez colocado no mercado, seja susceptível de imediata dispersão:

- A principal desvantagem dessa dispersão do conhecimento é que não há rendimento na actividade económica de investigação (IDI) ou da criação (criatividade);
- Consequentemente, é preciso resolver o que os economistas chamam de falha de mercado, que é, no caso, a tendência à dispersão dos bens imateriais, principalmente aqueles que pressupõem conhecimento ou criação.

Duas vias existiriam, assim, para resolver esta falha de mercado⁵³:

- Através de uma compensação financeira ou de uma concessão de preferências nos contratos públicos ao inventor (o que, do nosso ponto de vista, é impraticável), ou
- Através de um mecanismo jurídico que crie uma segunda falha de mercado, que veio a ser a concessão de DdPI, restringindo assim o acesso ao que tenderia a ser a sua dispersão, por utilização indevida.

Esta posição é também defendida pela CE ao considerar que a IDI é uma área de excelência de produção de externalidades (nomeadamente no que diz respeito à informação divulgada), gerando falhas de mercado; a menos que o inventor seja compensado pela sua invenção e pelo seu investimento, terá poucos incentivos para desenvolver actividades de IDI, o que originaria ineficientes afectações de recursos a essas actividades, com efeitos negativos sobre o bem-estar social. A solução para esta falha de mercado é, assim, a concessão de DdPI sobre as suas invenções⁵⁴.

⁵³ Barbosa, 2006: acetatos 10 e 11.

⁵⁴ CE, 1997: 274.

2.2. Diferentes noções de monopólio que importa consensualizar

Uma fonte de conflitos entre as áreas jurídicas da concorrência e da PI é, precisamente, a presunção de que os DdPI geram, sempre, monopólios e poder de mercado e, por isso, põem em causa a concorrência⁵⁵.

Realmente, em termos gerais, ao longo da maior parte do século XX, os tribunais e as agências federais (dos EUA) consideraram que as patentes conferem poder de monopólio e, conseqüentemente, consideraram a concorrência sempre oposta ao poder de monopólio (da PI). Neste caso, gerou-se um conflito nos tribunais para determinar qual das duas políticas deveria “primar” à outra para fundamentar uma decisão⁵⁶.

Releva-se que a exclusividade não é, por si só, um monopólio. De facto, ao contrário do que muitos afirmam, a exclusividade gerada pela PI não cria um monopólio sob a perspectiva económica, na medida em que é possível que diversos DdPI concorram entre si. No entanto, é inegável que a exclusividade restringe a concorrência no curto prazo (concorrência estática), criando por vezes monopólios temporários⁵⁷.

Por outro lado, o monopólio da patente (tal como é referido na jurisprudência dos EUA) não tem a mesma natureza, nem confere o mesmo poder de mercado, que o monopólio no âmbito da concorrência, uma vez que a patente representa informação, um recurso escasso, como um terreno e, por isso, uma *commodity*; não se pode dizer que quem possui um terreno, tem um monopólio nos termos da concorrência (Landes & Posner⁵⁸, 2003, *apud* Barbosa, 2006: acetato 41).

A noção de monopólio da patente identifica-se mais com a propriedade em geral (direitos reais) pelo facto de ser um direito de exclusão oponível *erga omnes*, embora com a característica de que o que se exclui é a concorrência. Aliás, como refere Moura e Silva (2008: 477), os direitos de propriedade industrial, independentemente da polémica da sua eventual qualificação como direitos reais, partilham com estes a natureza *erga omnes* da protecção que conferem.

Saliente-se, ainda, que o direito de excluir *certa* concorrência, sem eliminar todo o tipo de concorrência, depende da existência de DdPI alternativos.

55 Tom, 1997: 23.

56 FTC, 2003: cap. 1, p. 14.

57 Araújo & Fortes, 2008: 4.

58 Landes & Posner, 2003: 374.

Parece haver um consenso internacional nesta leitura. Na verdade:

- Para a Organização Mundial do Comércio (OMC)⁵⁹, a existência de DdPI substitutos determinará, caso a caso, se existe monopólio e poder de mercado; de qualquer forma, mesmo havendo poder de mercado, isso não constitui necessariamente um abuso de posição dominante;
- Nos EUA, as instituições públicas assumem esta nova posição desde há já algum tempo:
 - É referido nas *Guidelines* da FTC (1995) que não se presume que a PI cria poder de mercado no contexto da concorrência, dependendo essa constatação de haver ou não substituíbilidade do produto ou da tecnologia objecto da patente⁶⁰;
 - São reiteradas decisões do Tribunal Federal neste sentido, tal como refere Jones (2008: 239), ao citar a decisão do Tribunal relativamente ao caso *Illinois Tool Works Inc. ET AL v. Independent Ink, Inc.*, de 1 de Março de 2006: “(...) uma patente não confere necessariamente poder de mercado sobre o patenteado”;
- O Tribunal Europeu de Justiça clarificou, também, que a simples posse de um DdPI não confere uma posição dominante (Tom, 1997: 23)⁶¹.

Aliás, Jones (2008: 239) reconhece que, nos EUA, embora uma avaliação da articulação entre as legislações da concorrência e da PI ainda esteja em aberto, é inquestionável que existe um novo ou foi reposto o alinhamento em relação ao abuso do poder de mercado nas legislações da concorrência e da PI.

Nestes termos, poderíamos concluir, como Foyer & Vivant⁶² (*apud* Barbosa, 2006: acetato 42), que nos direitos de exclusividade há “monopólio jurídico” e não um monopólio económico. O mesmo conceito de “monopólio jurídico” é adoptado por Araújo & Fortes (2009: 2).

⁵⁹ Report (1998) of the Working Group on the interaction between trade and competition policy to the General Council, Wt/Wgtcp/2, 8 December 1998.

⁶⁰ Consultável em <http://www.FTC.gov/opa/1995/04/intellec.htm>.

⁶¹ *Deutch Gramophon GmbH v. Metro-SB-Grossmarkt GmbH*, decidido em 8 de Junho de 1971, ECR 487 (1971), CMLR (631, CMR § 8106).

⁶² Foyer & Vivant, 1991: 266.

Para além disso, importa ainda referir que o poder económico nem sempre implica um abuso, e, uma vez aquele alcançado por meio de maior eficiência, é legítimo⁶³.

2.3. Duração e âmbito

Os conceitos distintos, mas relacionados, de âmbito (*breadth/scope*) e de duração (*length*), de uma patente podem afectar o processo inovativo através daquilo que se denomina por “opção entre o inovador subsequente (ou secundário) e o inovador anterior ou inicial⁶⁴ (Tom, 1997: 26).

Hovenkamp⁶⁵ identifica a forte incerteza acerca da dimensão e do âmbito óptimos da protecção da PI como importante fonte do conflito ou tensão entre as legislações da concorrência e da PI⁶⁶.

Mais refere Jones, ainda citando Hovenkamp, que ainda não sabemos responder a questões importantes como:

- Qual é a duração óptima para uma patente?
- Qual é o âmbito adequado de uma reivindicação?
- Quando é que uma tipologia de tecnologias é patenteável?
- (E, talvez a fundamental) Qual é o equilíbrio adequado entre a protecção de novas ideias e a possibilidade que um inovador deve poder ter para trabalhar sobre inovações dos seus antecessores?

Recorde-se que o direito sobre uma patente (invenção) não é um direito absoluto, estando, pelo contrário, sempre delimitado em função do que se pretende proteger; na patente, por exemplo, o direito está delimitado pelo seu âmbito⁶⁷, o que é definido pelo conteúdo das reivindicações⁶⁸. Estas devem definir o objecto da protecção requerida, isto é, o objecto da própria invenção; na verdade, uma invenção, para ser protegida por uma patente, deverá reflectir uma solução técnica nova para um problema técnico, previamente

63 Araújo & Fortes, 2008: 2.

64 Situação conhecida por “*trade-off between subsequent (or secondary) innovators and primary innovators*”.

65 Hovenkamp, 2005: 3.

66 *Apud* Jones, 2008: 255.

67 Conforme disposto no n.º 1 do artigo 97.º do CPI português.

68 Previstas na alínea a), do n.º 1, e no n.º 3, do artigo 62.º do CPI.

identificado nas reivindicações⁶⁹. Na descrição da invenção⁷⁰ deverá ser, pois, explicado de forma pormenorizada pelo menos um modo da sua realização, “de maneira que qualquer pessoa competente na matéria a possa executar”.

As reivindicações de uma patente inicial podem ser suficientemente extensas para que o inovador original se torne apto a restringir, não somente a própria investigação dos produtos em causa (*research itself*), mas também na chamada investigação sequencial (*follow-on research*)⁷¹.

Convém neste contexto reter que o progresso técnico e tecnológico é sequencial, na maioria das actividades industriais, pelo que as invenções de hoje dão lugar, não apenas aos actuais novos produtos e tecnologias, mas também constituem um ponto de partida para inovações futuras⁷².

Seria, assim, possível aumentar ou diminuir tanto a expectativa de recompensa do inovador e, por isso, afectar o incentivo para inovar, como a dificuldade, o custo e o risco da inovação, pelo facto de qualquer um poder vir a considerar (e contestar) que a inovação infringe um DdPI anterior^{73/74}. O Supremo Tribunal dos EUA sublinhou que, limitando a duração de uma patente, melhor se promove o equilíbrio entre a necessidade de encorajar a concorrência e de evitar monopólios que travam o avanço do progresso da ciência⁷⁵.

Segundo Northaus⁷⁶ (*apud* Gallini & Trebilcock, 1997: 32), o âmbito da patente delimita o modo como as invenções similares podem existir sem infringir a patente originalmente concedida. Assim, se o âmbito for restrito, outras empresas podem desenvolver substitutos próximos. Por outro lado, Tandom (1984) e Gilbert & Shapiro (1990), citados pelos mesmos autores (p. 327), concluem que a restrição do âmbito permite controlar o preço do inovador.

69 Andrez *et al*, 2004: 6.

70 Prevista no n.º 4 do artigo 62.º do CPI.

71 CE, 1997: 273.

72 CE, 1997: 271.

73 *Prior industrial property right*.

74 Tom, 1997: 26.

75 FTC, 2003: 8.

76 *Apud* Gallini & Trebilcock, 1997: 32.

Continuando a citar Gallini & Trebilcock (1997: 328), diremos que o âmbito da patente fixa a margem de manobra de negociação entre o inovador e o licenciado. Daí que o âmbito da patente e a Política de Concorrência sejam instrumentos distintos para criar incentivos à IDI e à transferência de tecnologia; um estabelece as restrições (*threat points*) ou o custo de oportunidade de entrada num acordo de licença e, o outro, estabelece a viabilidade e a licitude contratual.

Gallini (1992), citada pelos mesmos autores (p. 327), sugere que o âmbito da patente é definido como o lucro que o inovador pode ganhar (ou, equivalentemente, o preço que pode praticar).

Pode bem acontecer que a partir de um certo grau de protecção da PI, qualquer ampliação do âmbito de tal protecção seja contraproducente, isto é, possa dissuadir futuras inovações, mais do que promovê-las. Isto porque o processo inovativo é sequencial por natureza, nomeadamente porque uma inovação se constrói sobre outra anterior⁷⁷.

No entanto, nenhum sistema concederá, simultaneamente, ao inovador original e ao inovador seguinte, incentivos adequados para inovar no quadro do sistema de patentes. Para compensar o inovador original das inovações seguintes ele deveria receber parte do *surplus* originado pelas *follow-on innovations*⁷⁸.

Em geral, a maioria dos autores tem a opinião de que o inovador original deveria receber a maior parte do rendimento das inovações sucessivas, porque⁷⁹:

- Se o valor da invenção original é alto e, ou, o valor da invenção seguinte é limitada, é eficiente conceder ao inventor original um alto grau de protecção;
- Se o valor da inovação original é baixo, mas vai originar uma elevado valor de inovações futuras, poderia ser um risco não conceder a patente ao inventor original, porque ele poderia optar por não disponibilizar a informação sobre a sua invenção.

⁷⁷ Kallay, 2004: 49.

⁷⁸ CE, 1997: 271.

⁷⁹ CE, 1997: 271.

Em qualquer caso, o DdPI concedido como prémio para compensar o investimento em IDI deve, por isso, ser limitado em termos de duração e âmbito. A LdC age sobre estes limites, procurando restringir certas práticas nocivas à concorrência⁸⁰.

Realmente, quando consideramos apenas a duração do período de protecção, o efeito de recompensa produz dois efeitos contrários: quanto mais longa for a duração da protecção, maior são a recompensa e o custo social resultante do poder de monopólio⁸¹.

2.4. Garantia da inovação na patente

Normalmente é questionada a bondade da concessão de uma patente ao contestar-se a efectividade da inovação que lhe está subjacente. Por vezes, são as próprias autoridades nacionais da concorrência que questionam se as patentes são (sempre) bem concedidas ou justificadas (*warranted*).

Em resposta àquela questão, a agência de propriedade industrial dos EUA (USPTO⁸²) respondeu que não concede patentes inválidas e que os tribunais não permitem a manutenção de patentes inválidas⁸³.

Trata-se não só de uma questão de natureza técnica (ou tecnológica) associada à invenção, mas também – e neste caso, sobretudo – de uma questão de natureza económica associada à inovação ou, mais precisamente, à perspectiva e viabilidade da inovação. Afinal, trata-se da justificação económica da patente.

Com efeito, a invenção, para ser economicamente justificável, deve ser realmente inovadora, isto é, nova, original e útil⁸⁴. Ou, de outra forma, ao representar um monopólio temporário, a patente deve provar ser útil para a Sociedade, dando lugar a produtos novos nos mercados a jusante⁸⁵.

Em qualquer caso, não se pode exigir certezas absolutas relativamente à concessão da patente no que diz respeito a uma inovação. Recorde-se que há uma diferença importante entre invenção e inovação, sendo que esta resulta

80 Gallini & Trebilcock, 1997: 326.

81 Régibeau & Rocket, 2004: 11.

82 *United States Patent and Trademark Office*.

83 FTC, 2003: 9-12.

84 Jasper, 2007: acetato 9.

85 Régibeau & Rocket, 2004: 47.

do sucesso comercial da primeira, ou seja, da aplicação com valor económico da invenção no mercado.

Note-se, neste domínio, que para uma Patente (ou Modelo de Utilidade) ser concedida, a invenção deve cumprir os seguintes requisitos que são avaliados pelas agências da PI⁸⁶:

- Ser nova, isto é, não estar compreendida no estado da técnica;
- Implicar actividade inventiva, ou seja, se, para um perito na especialidade, “não resultar evidente do estado da técnica⁸⁷”;
- Ser susceptível de aplicação industrial, ou por outras palavras, o seu objecto poder ser fabricado ou utilizado em qualquer género de indústria ou na agricultura.

Os relatórios de pesquisa (*search reports*) elaborados pelas agências nacionais ou regionais da propriedade industrial, como é o caso do Instituto Europeu de Patente⁸⁸ (IEP), garantem a novidade e a actividade inventiva, o que é complementado com a opinião escrita (*written opinion*); por outro lado, os relatórios de exame⁸⁹, elaborados também por aquelas entidades, garante apenas, mas em definitivo, a verificação da totalidade dos requisitos de patenteabilidade ao atribuir uma decisão final de concessão (ou recusa) sobre o pedido de patente.

Naturalmente que os relatórios de exame de determinadas agências da propriedade industrial, mais uma vez, oferecem níveis diferentes de credibilidade. Por exemplo, a NASDAQ⁹⁰ (*National Association of Securities Dealers Automated Quotations*) confere uma credibilidade superior aos relatórios de pesquisa apresentados pelo IEP, em relação a outras agências, para efeitos de valorização dos activos empresariais. Paralelamente, muitas empresas, ou inventores, preferem depositar os seus pedidos de patentes, não na agência

86 Ver artigos 51.º e 55.º do CPI.

87 De acordo com o artigo 55.º do CPI português, o estado da técnica é constituído por tudo o que, dentro ou fora do país, foi tornado acessível ao público antes da data do pedido de patente, por descrição, utilização, ou qualquer outro meio.

88 Sediado em Munique, responsável pela concessão da Patente Europeia.

89 No CPI português, está previsto no artigo 68.º.

90 Bolsa de valores electrónica sediada em Nova Iorque; caracterizando-se por compreender as empresas de alta tecnologia em electrónica, informática, telecomunicações, biotecnologia, etc., é actualmente a segunda maior bolsa de valores dos EUA.

do seu país, mas numa determinada agência nacional de outro país (tendo em conta a estratégia de internacionalização, celeridade, qualidade do *search report*, custos, etc., dessa agência).

Para resolver esta questão da credibilidade da patente, o Congresso dos EUA estabeleceu, já em 1980, um procedimento administrativo de reexame de patentes “duvidosas”, com o objectivo de reforçar a confiança do investidor; assim, ao assegurar a validade da patente, podem evitar-se litígios na discussão do âmbito e da duração de patentes (FTC, 2003: 27).

3. POTENCIAIS CONFLITOS CONCORRENCIAIS DA PI

De acordo com Moura e Silva (2008: 561), os efeitos positivos da propriedade industrial devem ser contrabalançados com os potenciais riscos anti-concorrenciais que os acordos de transferência de tecnologia colocam quanto à manutenção da concorrência efectiva⁹¹.

Para Kallay (2004: 2-3), os cenários de conflitos, no que respeita a comportamentos unilaterais ou individuais, são – para além daqueles resultantes de aspectos procedimentais⁹², que também considera – os seguintes:

- Recusa de licença (venda);
- Práticas de licença, que compreende uma variedade de comportamentos tais como⁹³:
 - Acordos subordinados;
 - Concessão inversa de patentes (*grantback*);
 - Restrições territoriais;
 - Imposição de preços na licença;
 - Discriminação de preços;
 - *Royalties* que são baseados nas vendas totais;
 - Restrições por domínio de utilização; e
 - Dissuasão dos esforços de inovação por parte dos concorrentes⁹⁴.

⁹¹ Ver parágrafos 141-5 das Orientações.

⁹² Surgem da aplicação dos DdPI, tais como cláusulas arbitrárias de aplicação, patentes mal obtidas, incluído por fraude, contestações de má fé, entre outras práticas (não se trata de uma questão de concessão (*grant*) mas de obtenção (*obtain*).

⁹³ Ordem de apresentação alterada relativamente à da autora.

⁹⁴ Também conhecida por *vaporware* (autor citado).

Moura e Silva (2008: 568-9) considera, ainda, entre as práticas unilaterais, as limitações da produção e de clientela; por sua vez, Jasper (2007: acetato 11) refere, entre os Ilícitos de PI mais comuns no âmbito do Direito da Concorrência, e a par das práticas unilaterais ou individuais, os acordos entre empresas (cartelização).

Não trataremos os casos que poderiam inscrever-se no âmbito das preocupações relativas ao controlo das concentrações, designadamente quando estão em causa aquisições horizontais de empresas envolvendo a aquisição de DdPI ou mesmo de aquisições horizontais desses direitos⁹⁵.

3.1. Recusa de licença (Venda)

Ao representar um monopólio temporário, a patente deve ser útil à Sociedade através da produção de um número de bens e serviços que correspondem a vários mercados a jusante. Se conferir poder de mercado, o que nem sempre acontece, deve ser tratada como qualquer outra fonte de poder de mercado e, por isso, ser considerada em termos de uma avaliação de posição dominante.

Em particular, qualquer recusa de acesso a um activo protegido por um DdPI deve ser avaliada de forma consistente no âmbito da política concorrencial das restrições verticais⁹⁶.

Na U.E., por exemplo, a recusa de licenciamento de DdPI pode não ser considerada um abuso. Na verdade, a CE e o Tribunal de Primeira Instância⁹⁷ (TPI) consideraram que “a recusa de conceder uma licença, mesmo num contexto de posição dominante, não infere por si só o seu abuso”; não obstante isso, consideraram que “o exercício de um direito exclusivo pelo seu proprietário pode, em casos excepcionais, envolver uma conduta abusiva” quando, nomeadamente, não sendo produzido e não havendo produto substituto, a recusa envolve um produto novo com procura potencial por parte dos consumidores⁹⁸.

Nos EUA, em paralelo, a recusa de licenciamento de DdPI não pode, por si só, ser considerada um acto de monopolização pelo que alguns tribunais têm

95 Por exemplo, se dois concorrentes dependem de uma mesma patente, a aquisição desta por um deles pode eliminar a concorrência e gerar um monopólio; o mesmo efeito pode ser gerado por uma fusão (Tom, 1997: 27-9).

96 Régibeau & Rocket, 2004: 47.

97 Agora Tribunal Geral.

98 Tom, 1997: 33.

assumido que a simples recusa não pode justificar uma contestação anti-concorrencial (*claim antitrust*); de qualquer forma, nos EUA admite-se a licença obrigatória caso se ultrapasse um comportamento de simples recusa, nomeadamente em casos de fusões horizontais que implicam excessivo controlo sobre o mercado⁹⁹.

Em qualquer caso, numa avaliação concorrencial de uma recusa de licenciamento, é importante perceber o que motiva essa recusa e se há produtos alternativos¹⁰⁰.

3.2. Práticas unilaterais de licença

Em termos gerais, existe uma abertura relativamente aos acordos de transferência de tecnologia, podendo dizer-se que os acordos entre concorrentes são mais restringidos que os acordos entre não concorrentes. Outra tipologia que também pesa na posição da CE é o facto de o acordo ser, ou não, recíproco. Este último é, na maioria das situações, também mais restritivo.

Assim, na linha da evolução seguida ao longo da década de 90 do século XX, a CE assume actualmente uma perspectiva amplamente favorável relativamente aos acordos de licença de tecnologia, indo ao ponto de considerar que a maior parte destes não restringem a concorrência – pelo que não infringem o n.º 1 do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) – e geram ganhos de eficiência pró-concorrenciais, mesmo na presença de efeitos restritivos da concorrência, sendo então objecto de ponderação à luz do n.º 3 daquele artigo^{101/102}.

Neste contexto, a U.E. aprovou em 2004 um novo Regulamento de Isenção (*block exemption*) da aplicação das regras da concorrência (artigo 101.º do TFUE)¹⁰³ a certas categorias de acordos de transferência de tecnologias.

A isenção distingue o seu campo de aplicação em função da natureza da relação de concorrência subjacente ao acordo de licença, prevendo que se aplique aos acordos horizontais, desde que as partes não detenham mais de 20% do mercado em causa (produto ou tecnologia), e aos acordos verticais,

99 Tom, 1997: 33.

100 Régibeau & Rocket, 2004: 48.

101 Parágrafo 9 das Orientações.

102 Moura e Silva, 2008: 559.

103 Regulamento (CE) n.º 772/2004.

em harmonia com o Regulamento sobre Restrições Verticais¹⁰⁴, caso as partes não excedam os 30% de quota de mercado¹⁰⁵. Acima daqueles limiares, prevê-se uma zona de protecção complementar reconhecida pelo parágrafo 131 das Orientações¹⁰⁶ que permite considerar um acordo de licença compatível com o artigo 101.º, desde que existam quatro ou mais tecnologias concorrentes que possam ser substituíveis face à tecnologia licenciada a um custo comparável (Moura e Silva, 2008: 567).

a) *Vendas (licenças) subordinadas*

As vendas subordinadas (*tying selling*) constituem uma prática associada ao licenciamento de DdPI¹⁰⁷. Segundo Moura e Silva (2008: 573-4), verifica-se uma prática de subordinação quando a concessão da tecnologia (produto subordinante) é condicionada à aquisição de uma licença sobre outra tecnologia ou à compra de um produto, seja ao licenciante ou a outra pessoa por ele indicada. Quando o licenciante junta a tecnologia subordinante a uma tecnologia ou produto subordinado e os vende como um único bem ou em pacote, estamos perante o que a Comissão designa de “agrupamento” ou *bundling*. Dentro dos limites das quotas de mercado estabelecidas pelo regulamento, tais cláusulas são abrangidas pela isenção. Acima desses limites a Comissão define uma metodologia de análise inspirada nas orientações sobre restrições verticais¹⁰⁸.

Trata-se, na verdade, de condicionar a venda de um produto ao fornecimento de outros produtos numa estratégia que pode, por sua vez, condicionar o preço global.

Uma questão importante neste contexto é a de existir ou não posição dominante relativamente ao produto licenciado. Aliás, sobre esta matéria, Jones (2008: 239), ao citar a decisão judicial do caso *Illinois Tool Works Inc.*

104 Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1999, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas [a partir de 1 de Junho de 2010 entrará em vigor o Regulamento (UE) N.º 330/2010 da Comissão, de 20 de Abril de 2010, que substituirá o regulamento referido, que, por sua vez, caducará em 31 de Maio de 2010]; Comunicação da Comissão – Orientações relativas às restrições verticais [COM (2000/C 291/01). Jornal Oficial C 291 de 13.10.2000].

105 Artigo 3.º, n.ºs 1 e 2, respectivamente.

106 Comunicação da Comissão – Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º do TFUE relativamente aos acordos de transferência de tecnologia [Jornal Oficial n.º C 101 de 27.04.2004].

107 Kallay, 2004: 3.

108 Acima de 50% a jurisprudência comunitária tende a presumir a existência de posição dominante.

ET AL v. Independent Ink, Inc., de 1 de Março de 2006, recorda que “em todos os casos que envolvam acordos subordinados, o queixoso deve provar que o acusado tem poder de mercado no produto subordinado”.

b) *Obrigação de concessão inversa da licença*

Algumas empresas impõem aos seus licenciados que lhes concedam ‘de volta’ (*grant back*) as melhorias que tenham obtido sobre a invenção original. Esse *grant back* pode envolver, ou não, encargos por parte do licenciante que pode ficar, ou não, com o exclusivo dessas melhorias¹⁰⁹.

- Restituição unilateral, no caso em que as melhorias vão para o licenciante;
- Restituição mútua, em que o licenciado também beneficia das melhorias.

De acordo com os mesmos autores (p. 42), a CE não se opõe, em geral, a cláusulas contratuais de *grant back*, desde que sejam não exclusivas e mútuas (artigo 101.º do TFUE); para o efeito a CE distingue entre melhorias:

- Independentes (*severables*), as quais podem ser usadas independentemente da patente original; neste caso, o licenciado tem o direito de usar e obter a licença da melhoria;
- Dependentes (*non severables*), que apenas podem ser exploradas juntamente com a tecnologia original; neste caso, o licenciante deverá ter o direito a um ganho sobre a melhoria.

Na U.E., as isenções (*block exemption*) previstas no Regulamento dos acordos de transferência de tecnologia incluem algumas regras que são relevantes no que respeita à inovação sequencial¹¹⁰ e que poderíamos sintetizar nas seguintes:

- Uma concessão da patente ao licenciante de uma licença não exclusiva relativa a melhorias do conhecimento licenciado não é, na generalidade, restritiva da concorrência se o licenciado tiver o direito, pelo contrato, de partilhar no futuro os conhecimentos, a experiência e as invenções obtidas pelo licenciante (artigo 21.4);

¹⁰⁹ Régibeau & Rocket, 2004: 42.

¹¹⁰ CE, 1997: 273.

- Um efeito restritivo da concorrência surge quando o acordo obriga o licenciado a conceder ao licenciante direitos da melhoria da tecnologia original licenciada que ele próprio desenvolveu (artigo 3.6);
- Os *grantbacks* podem, no entanto, ser exclusivos se as melhorias feitas pelo subcontratante forem insusceptíveis de ser usadas independentemente da patente do contratante.

O efeito óbvio do *grant-back* é o da diminuição do incentivo ao investimento e à obtenção de melhorias por parte do licenciado, o que pode ser evitado se o licenciante e o licenciado estabelecerem cláusulas contratuais de reciprocidade com pagamentos adequados¹¹¹.

c) *Outros casos de práticas unilaterais*

Outros casos poderão ser considerados como geradores de ilicitudes concorrenciais veiculadas pelos DdPI, tais como:

- Política de *royalties*:
 - Imposição de preços; as diferentes modalidades de cálculo de *royalties* são objecto de isenção no âmbito do Regulamento, mesmo quando calculados em função do preço de venda do produto final produzido com a tecnologia licenciada. A questão dos *royalties* é particularmente sensível no caso de acordos entre concorrentes, sendo certo que a fixação de preços constitui uma restrição grave^{112/113};
 - Discriminação de preços; todas as estratégias das empresas com um certo poder de mercado tendem para a captura dos vários extractos do excedente do consumidor e para a sua conversão em excedente do produtor, o que implica estratégias de *price discrimination* em função das diferentes elasticidades da procura do consumidor, o que pode dar lugar a abusos de posição dominante¹¹⁴;
 - Fixação de *royalties* baseados nas vendas totais (*reach-through royalties* ou *royalties based on total sales*), usada para controlar se o licenciado usa,

¹¹¹ Régibeau & Rocket, 2004: 44.

¹¹² Alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º.

¹¹³ Moura e Silva, 2008: 576.

¹¹⁴ CE, 1997: 277.

ou não, a tecnologia licenciada; é, em geral, anti-competitivo, porque desincentiva o uso da tecnologia concorrente¹¹⁵;

– Restrições ao negócio:

- Restrições territoriais; o Regulamento de transferência de tecnologias não isenta as restrições recíprocas entre concorrentes, pois permite uma repartição horizontal do mercado; pelo contrário, as não recíprocas favorecem a disseminação¹¹⁶. Não sendo as partes concorrentes entre si, a Comissão inclui no âmbito da isenção todas as limitações territoriais^{117/118};
- Exclusividade de negócio (*deal exclusivity*); esta prática alarga a exclusividade do produto para o negócio através, nomeadamente, de cláusulas de não concorrência (*exclusive dealing–non–compete*); esta prática de licenciamento constitui uma restrição anti-concorrencial grave quando a licença impede ou restringe o licenciado a licenciar, vender, distribuir ou a usar tecnologias concorrentes (*non competition clause*) e difere da licença exclusiva (*exclusive license*), em que o licenciante acorda em não licenciar mais ninguém¹¹⁹;
- Restrições por domínios de utilização, isto é, das aplicações da tecnologia ou do invento, identificáveis nas reivindicações; independentemente de o acordo ser ou não recíproco, a isenção abrange a limitação dos licenciados a um ou mais domínios de utilização ou mesmo a mercados de produtos específicos; não sendo as partes concorrentes entre si, o Regulamento isenta todas as limitações de domínio desde que a quota de mercado das partes não exceda 30%¹²⁰;
- Limitações da produção, quando se limita a quantidade; o Regulamento qualifica como restrições graves (recíprocas, ou não) a limitação da produção entre concorrentes, pois permite a compartimentação do

115 Tom, 1997: 30-2.

116 Alínea b) do n.º 1 do artigo 4.º.

117 Alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º.

118 Moura e Silva, 2008: 570.

119 Tom, 1997: 30.

120 Moura e Silva, 2008: 571.

mercado; não sendo as partes concorrentes entre si, a Comissão inclui no âmbito da isenção todas as limitações da produção¹²¹;

- Limitações de clientela, quando o licenciante ou o licenciado ficam obrigados a vender apenas a um determinado grupo de clientes; o Regulamento qualifica como graves as restrições recíprocas entre concorrentes, uma vez que permite uma repartição do mercado; não sendo as partes concorrentes entre si, a Comissão inclui no âmbito da isenção todas as limitações de clientela¹²².

3.3. Acordos entre empresas ou práticas concertadas de licenças de DdPI

O licenciamento de DdPI pode assumir uma natureza horizontal, gerando uma cartelização condenável no âmbito da LdC. As licenças cruzadas (*cross licensing*) e a reunião de patentes (*patent pool*) são as práticas mais representativas da PI que podem facilitar comportamentos de colusão.

As *patent pool* e o *cross-licensing* ocorrem quando dois ou mais proprietários de diferentes DdPI licenciam os seus direitos uns aos outros. No caso da *patent pool*, eles tipicamente fazem-no designando ou licenciando exclusivamente alguma entidade ‘administrativamente’ separada que, daí em diante, controla a gestão das licenças da carteira de patentes¹²³.

Um exemplo disso é o da criação de uma *patent pool* através da aquisição cruzada de patentes, por forma a que o licenciante e o licenciado evitem a concorrência entre si e estejam em melhores condições de fixar preços altos; para a LdC, esta estratégia de *licensing agreement* não se distingue de um cartel¹²⁴.

Ainda segundo estes autores (p. 35) é necessário avaliar se as tecnologias envolvidas são, de uma forma geral:

- Substitutas entre si, isto é, se competem umas com as outras, e, neste caso, são normalmente contrariadas pela LdC;
- Complementares entre si, servindo, por exemplo, para melhorar a sua qualidade ou diminuir o seu custo; neste caso, são normalmente aceites pela LdC (por vezes as licenças cruzadas são mesmo a única forma de obter uma nova tecnologia).

121 Moura e Silva, 2008: 568-9.

122 Moura e Silva, 2008: 569.

123 Tom, 1997: 27.

124 Régibeau & Rocket, 2004: 35.

Em qualquer caso, o Regulamento de transferência de tecnologia é mais tolerante quanto aos acordos de *pooling*. Na verdade, dada a diversidade de abordagens do *pool agreement*, é assumido que esta prática não pode ser regulada por um único Regulamento, devendo as situações serem avaliadas caso a caso¹²⁵.

4. A COMPLEMENTARIDADE DAS POLÍTICAS

Ao discutirmos os ‘conflitos’ entre as legislações da concorrência e da PI estaremos a desviar-nos da questão essencial deste debate, que é a da procura da articulação entre aqueles dois conjuntos normativos, a favor do seu objectivo comum, isto é, a promoção da inovação, do crescimento económico e do bem-estar social, através do bom funcionamento do mercado.

4.1. A abordagem meso-analítica da complementaridade

O desafio, na verdade, é o de desenvolver uma abordagem meso-analítica¹²⁶ entre a LdC e a PI de forma a incluir os efeitos de uma concorrência e de uma eficiência dinâmicas na análise de comportamentos alegadamente contrários à LdC. Isto é especialmente importante para a análise do comportamento baseado em DdPI.

Na verdade, segundo Hovenkamp *et al.*¹²⁷ (*apud* FTC, 2003: 7), a LdC e a PI representam esforços complementares para se atingir, no longo prazo, um mercado eficiente e uma dinâmica de inovação.

Dir-se-ia mesmo que as políticas de concorrência e de PI estão ligadas entre si pela economia da inovação e por um conjunto de regras que procuram equilibrar o âmbito e os efeitos de cada política¹²⁸.

Importa, pois, reconhecer, desde logo, que a LdC e a PI partilham o objectivo comum de “estimular a inovação” e, por isso, quando devidamente aplicadas, essas duas áreas normativas tendem a complementar-se e a reforçar os propósitos de cada uma. Pelo contrário, a aplicação de cada uma sem ter em conta a outra, tende a pôr em causa os propósitos de ambas. Assim,

125 Tom, 1997: 28.

126 O termo “meso” é aqui aplicado enquanto o espaço de análise que recorre simultaneamente aos conceitos e aos normativos da concorrência e da PI.

127 Hovenkamp, Janis & Lemley, § 1.3.

128 FTC, 2003: Cap. 2, p. 2.

- Se a aplicação da LdC impede, desnecessariamente, o proprietário de um DdPI de rendibilizar a sua invenção, poderá comprometer o objectivo, que é comum, da LdC; por outro lado,
- Uma inadequada ou excessiva protecção dos DdPI pode prejudicar a concorrência que, por sua vez, inibirá a inovação e será contraproducente com os propósitos da própria PI.

Assim, e como refere Kallay (2004: 7), hoje em dia, esta abordagem (de conflitos) tem sido precisamente abandonada por académicos e tribunais, bem como pelas agências federais (nos EUA) e por juristas, tornando-a inconsistente com a moderna doutrina da concorrência.

Afinal, como diz Kolstad (2008: 3), as legislações da concorrência e da PI partilham os mesmos objectivos económicos. Se os dois conjuntos normativos são vistos como tendo por base um objectivo comum, os conflitos potenciais entre as legislações da concorrência e da PI podem ser reduzidos.

É por tudo isso que deveremos considerar que o conflito entre as legislações da concorrência e da PI é menos “inevitável” do que possa parecer¹²⁹, desde que o propósito da avaliação concorrencial da PI seja, sempre, o da complementaridade profícua dos dois normativos.

O referido conflito entre as legislações da concorrência e da PI pode surgir quando as analisamos *de per se*, e não quando procedemos, como deveríamos, a uma avaliação no âmbito do que liga uma à outra, nos dois sentidos dessa ligação, normalmente associado aos seus objectivos comuns. E não se trata de um simples confronto de níveis de preços com a natureza dos produtos oferecidos no mercado.

Relativamente à opção entre produtos simples a preços baixos e produtos mais sofisticados a preços mais elevados, têm surgido críticas no âmbito da literatura económica no que respeita à tradicional focalização da política da concorrência nas estruturas de mercado estáticas, bem como à microeconomia tradicional, por estar focada apenas na aptidão das empresas para influenciar os preços. Esta crítica baseia-se na alegação de Dasgupta & Stiglitz, de que “uma parte substancial do aumento do *output* das nações industrialmente avançadas é essencialmente atribuída ao progresso tecnológico”¹³⁰.

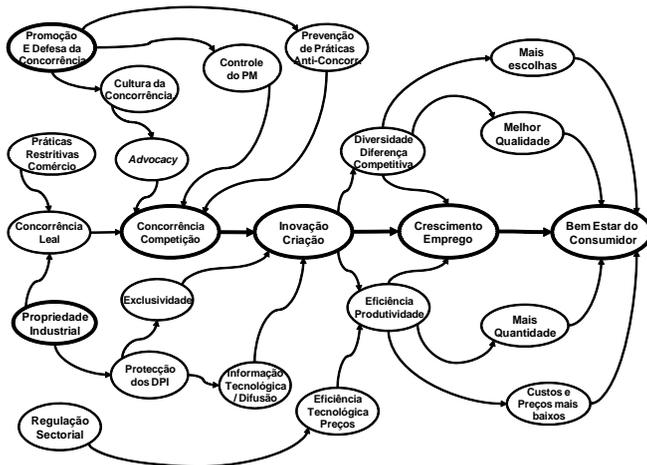
129 Régibeau & Rocket, 2004: 26 e 27.

130 *Industrial Structure and the Nature of Innovative Activity*, *The Economic Journal*, 90 (Junho de 1980), pp. 266-293, *apud* CE, 1997: 274.

Assim, a “inovação é mais importante que o preço competitivo, em termos do bem-estar social”. A implicação para a concorrência é a de que “a promoção da inovação no longo prazo poderá exigir, em casos específicos, estruturas de mercado, no curto prazo, nas quais as empresas exercem um certo grau de poder de mercado e, ou, nas quais as empresas concorrentes colaboram, por exemplo, em actividades de IDI¹³¹.”

Finalmente, é importante considerar que a abordagem económica de natureza meso-analítica dos comportamentos de âmbito concorrencial impõe, por outro lado, uma abordagem integrada de todos os outros conjuntos normativos que contribuem, directa ou indirectamente, para a promoção do crescimento, do emprego e do bem-estar do consumidor, através da promoção da inovação, para além da política de (promoção e defesa) da concorrência e da política de propriedade intelectual. Embora centrando-nos na concorrência para a promoção da inovação (e da criação), teremos de ter, efectivamente, em conta, o contributo de outros conjuntos normativos associados à Concorrência Desleal, à Regulação Sectorial e ao combate às práticas restritivas do comércio. O esquema seguinte procura apresentar, de forma naturalmente sintética, a interacção dos diversos conjuntos normativos e dos seus respectivos resultados ou objectivos comuns.

A REGULAÇÃO AO SERVIÇO DA INOVAÇÃO, DA COMPETITIVIDADE EMPRESARIAL, DO CRESCIMENTO E DO BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR



131 CE, 1997: 274.

4.2. Uma abordagem ‘mais económica’ da complementaridade

A abordagem meso-analítica da complementaridade entre as legislações da concorrência e da PI exige um maior peso da sua vertente económica (e social), ligada, aliás, à razão de ser de qualquer normativo de direito económico.

É neste sentido que Drexl (2008: 28) refere que a LdC Comunitária tem um objectivo económico, e que o objectivo económico dos artigos 101.º e 102.º do TFUE é a protecção e a promoção da concorrência efectiva com vista a, também, uma efectiva eficiência do funcionamento do mercado.

De acordo com Kolstad (2008: 3), aquelas normas não protegem a concorrência por si só, mas sim a eficiência dos mercados, com uma diversidade de produtos a preços mais competitivos.

É, por isso, que a legislação europeia da concorrência tem sofrido uma reforma fundamental ao longo dos vários anos. O *Leitmotiv* desta reforma, geralmente conhecida como uma ‘abordagem mais económica’, foi descrita pelo ex-comissário Mário Monti¹³² com as seguintes palavras: “fazendo esta revisão, fizemos a mudança de uma abordagem legalista para uma interpretação das normas baseada em princípios de inspiração económica”¹³³.

É neste contexto que se justifica o balanço económico por vezes exigido na aplicação da LdC¹³⁴ pelos tribunais. De acordo com Bangy & Ferreira (1998: 126-127), é através deste critério do balanço económico que é possível ajustar a Política da Concorrência à realidade económica e conciliar as restrições à concorrência com o imperativo dos objectivos gerais de desenvolvimento económico e social.

Aliás, foi considerando que a Comissão não tinha justificado suficientemente a sua decisão em três decisões impugnadas judicialmente¹³⁵, que o TPI, revogando-as, pressionou esta entidade à melhoria da sua fundamentação económica. Foi em consequência desta situação, que a Comissão criou, em

¹³² Discurso no *Fordham Corporate Law Institute*, Nova Iorque, 24 de Outubro de 2003 (<http://www.eurunion.org/news/speeches/2003/031024mm.htm>).

¹³³ Drexl, 2008: 27.

¹³⁴ Em Portugal, previsto no n.º 1 do artigo 5.º da Lei da Concorrência; no âmbito comunitário, previsto no n.º 3 do artigo 101.º do TFUE.

¹³⁵ Ver caso T-342/99, *Airtours v. Comissão*, [2002] ECR II-4381; caso T-5/02, *Tetra Laval v. Comissão*, [2002] ECR II-4381; caso T-310/01, *Schneider Electric v. Comissão*, [2002] ECR II-4071.

2004, o novo posto de Economista Chefe com a responsabilidade de avaliar as decisões da Comissão na perspectiva económica¹³⁶.

Ainda como refere o mesmo autor (2008: 28), no processo de implementação de uma abordagem ‘mais económica’, a Comissão deu maior atenção aos DdPI ao adoptar o Regulamento de Isenção da Transferência Tecnológica em 2004¹³⁷.

Não se trata aqui, mais uma vez, de detectar um primado entre as legislações da concorrência ou da PI. Até porque:

- Por um lado, a LdC parte da premissa de que o bem-estar do consumidor é melhor conseguido, removendo (temporariamente e de forma limitada¹³⁸) as restrições à concorrência¹³⁹; e,
- Por outro lado, a política de patentes reconhece que certos limites sobre as mesmas são precisas para evitar desnecessárias restrições à concorrência (Harmon¹⁴⁰, *apud* FTC, 2003: cap. 1, p. 8).

Em paralelo, é necessária uma visão económica de longo prazo associada à ideia de que o bem-estar do consumidor depende não só dos produtos existentes, mas sobretudo dos produtos e serviços a desenvolver no futuro¹⁴¹.

Esta visão económica de longo prazo implica, necessariamente, uma leitura dinâmica da concorrência, que importa relevar. Para Kallay (2004: 40), a concorrência dinâmica está ligada à inovação e o significado deste termo considera a concorrência como uma “sucessão de eventos”.

Na verdade, é inquestionável que, no longo prazo, a protecção fomenta a concorrência numa perspectiva dinâmica. Por outro lado, na medida em que estimula investimentos em IDI para a criação de novas tecnologias, a patente torna-se um instrumento fundamental para fomentar a concorrência dinâmica¹⁴².

¹³⁶ Drexl, 2008: 30.

¹³⁷ Regulamento (CE) n.º 772/2004, de 27 de Abril.

¹³⁸ Nota do autor.

¹³⁹ Gallini & Trebilcock, 1997: 326.

¹⁴⁰ Robert L Harmon, *Patents and the Federal Circuit*, § 1.2 p. 12, 1998.

¹⁴¹ Gallini & Trebilcock, 1997: 326 e FTC, 2003: cap. 1, p. 3.

¹⁴² Araújo & Fortes, 2009: 4-6.

A qualidade e a forma de manifestação desses ‘eventos’ são responsáveis, por sua vez, pela qualidade e pela dinâmica do processo de desenvolvimento de empresas e regiões.

4.3. Movimento para regular contratualmente o licenciamento de patentes

Este *mainstream* do pensamento teórico e institucional sobre estas questões tem conduzido à alteração de posições na aplicação da LdC e da PI nos diversos espaços económicos a nível internacional.

É assim que desde meados da década de 90 do século XX se tem evidenciado um movimento no sentido da regularização contratual do licenciamento de patentes (Fels & Allan¹⁴³, 2002: Appendix A, pp. 1-5). Na verdade:

- Em 1995, o *United States Department of Justice* (DOJ) e a *Federal Trade Commission* (FTC) aprovaram as orientações (*Guidelines*) para o licenciamento da PI; nos seus princípios reconhece-se que os DdPI são comparáveis a qualquer outra forma de propriedade, que a PI não cria poder de mercado no contexto da LdC e que o licenciamento da PI permite às empresas combinar factores de produção complementares, o que é pró-competitivo;
- Em 1999, a *Fair Trade Commission* do Japão aprovou as *Guidelines* sobre Acordos de Licenciamento de Patentes e de *Know-How*, considerando, também, que o licenciamento da PI é pró-competitivo; identifica-se, em paralelo, algumas práticas passíveis de serem restringidas;
- Em 2000, o *Competition Bureau Industry* do Canadá aprovou as suas *Guidelines* para a aplicação da PI, distinguindo as situações de mero exercício dos DdPI daquelas em que esse exercício vai para além desses direitos; em geral, considera-se que o licenciamento da PI é pró-competitivo, incentivando as empresas a investirem em IDI, o que cria novos mercados para novas tecnologias e produtos;
- Em 2001, o *Office of Fair Trade* (OFT) do Reino Unido aprovou um projecto de *Guidelines* sobre o modo como aquela agência aprecia situações envolvendo os DdPI, relativamente à LdC; de uma forma geral, reconhece a importância do DdPI para incentivar a inovação em benefício do consumidor, identificando também certas práticas que caem na alçada da LdC (como por exemplo, a fixação de preços);

¹⁴³ Presidente da *Australian Competition and Consumer Commission*.

– A União Europeia assume, como já referimos, uma abordagem diferente que isenta (*block exemption*) da aplicação das regras da concorrência (artigo 101.º do TFUE) certas categorias de acordos de *Transferência de Tecnologias* [Regulamento (CE) n.º 772/2004]¹⁴⁴, que inclui algumas regras relevantes no que respeita à inovação sequencial.

Em paralelo, o Regulamento (CE) n.º 2659/2000¹⁴⁵ procede à mesma isenção relativamente a certas categorias de acordos de Investigação e Desenvolvimento, desde que a quota conjunta das empresas contratantes não ultrapasse 25% do mercado relevante (desde 1985).

O poder económico nem sempre vai implicar um abuso, e, uma vez alcançado por meio de uma maior eficiência, é legítimo. Para além disso, a evolução desta concepção de análise conjunta dos referidos institutos está presente em algumas normas do acordo TRIPS (*Trade-Related Aspects on Intellectual Property Rights*), tratado internacional integrante do conjunto de acordos assinados em 1994, no âmbito da Organização Mundial do Comércio¹⁴⁶.

A questão passou, desde então, a ser regulada, na esfera internacional, pelo disposto nos seguintes números do artigo 40.º do TRIPS¹⁴⁷:

1. *Os Membros concordam que algumas práticas ou condições de licenciamento relativas a direitos de propriedade intelectual que restringem a concorrência podem afectar adversamente o comércio e impedir a transferência e disseminação de tecnologia.*
2. *Nenhuma disposição deste Acordo impedirá que os Membros especifiquem nas suas legislações condições ou práticas de licenciamento que possam, em determinados casos, constituir um abuso dos direitos de propriedade intelectual que tenha efeitos adversos sobre a concorrência no mercado relevante.*

O reconhecimento do legítimo papel da política de concorrência, no confronto dos DdPI com as práticas de licenciamento, é um importante contributo para o referido equilíbrio global entre os dois conjuntos normativos em causa, assumido no TRIPS¹⁴⁸.

144 O primeiro regulamento (n.º 240/96) sobre esta matéria data de 1996.

145 O primeiro regulamento (n.º 418/85) sobre esta matéria data de 1985.

146 Araújo & Fortes, 2009: 2.

147 Araújo & Fortes, 2009: 3.

148 Anderson, 2008: 451.

5. CONCLUSÕES: O QUE FAZER?

Considerando o quadro de análise anterior, porquê então discutir se as legislações da concorrência e da PI são complementares? Porquê não discutir o que fazer, alterando normas ou criando normas regulamentares, como o fez a U.E. com o Regulamento de Transferência de Tecnologias, para assegurar aquilo que poderia designar-se por “complementaridade necessária”.

Afinal, como a juíza norte americana Pauline Newman notou, “as patentes visam a inovação. Este é o seu propósito e, claro, afectam a concorrência. É como elas funcionam. É a única maneira como funcionam (...)”¹⁴⁹. Encontremos, pois, em ambos os conjuntos normativos, o que deve ser lido de forma diferente, ou adaptado, para garantir a ausência de conflitos sem pôr em causa as razões de ser de cada um deles.

Assim, importa garantir a “utilização” pela sociedade dos benefícios subjacentes aos direitos privativos concedidos no âmbito da propriedade industrial, prevenindo o controlo do monopólio “prejudicial”¹⁵⁰, isto é, os comportamentos que tornem abusivas as utilizações dessa exclusividade.

Dir-se-ia mais, se queremos uma “política de coesão para o crescimento e emprego”¹⁵¹ na U.E. e no mundo, e até se conceber outro paradigma económico neste âmbito, estamos condenados a desenvolver uma estratégia útil para assegurar a complementaridade entre os dois conjuntos normativos, facilitada pela referida abordagem meso-analítica. Aliás, como também o referimos, a abordagem meso-analítica deveria envolver outros conjuntos normativos para uma promoção integrada do crescimento, do emprego e do bem-estar do consumidor, através da promoção da inovação, para além das políticas da concorrência e da propriedade industrial.

A abordagem meso-analítica da complementaridade entre os dois conjuntos normativos exige, em paralelo, um maior peso da vertente económica na fundamentação das decisões concorrenciais. A defesa de uma abordagem mais económica não significa, no entanto, qualquer diminuição da densidade da abordagem jurídica. Até porque, como refere Drexel (2008: 31), o preço a

149 FTC, 2003, p. 9.

150 Maurício & Andrez, 2002: 6.

151 “Uma política de coesão para apoiar o crescimento e o emprego – Orientações estratégicas, 2007-2013”, Comunicação da Comissão, de 5 de Julho de 2005 [COM(2005) 299 final] (disponível em: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2005/com2005_0299en01.pdf).

pagar por uma maior precisão económica poderá constituir uma redução da certeza jurídica.

Segundo Gallini & Trebilcock (1997: 329), um princípio que deveria orientar a Política de Concorrência, na sua relação com a PI, seria o de não presumir que a PI gera generalizadamente poder de mercado. Um relatório da OCDE¹⁵² verifica que, em apenas 27% dos casos, a empresa licenciada não encontrou alternativas. Até porque, de acordo com os próprios postulados da concorrência, o poder de mercado adquirido através de uma capacidade superior e de uma eficiente actividade não deveria ser condenado.

Na verdade, ao contrário da visão de Joseph Shumpeter, a fragmentação do mercado pode conduzir a uma maior concorrência e estimula um mais rápido e intenso apoio à IDI. Mas, quando a dispersão se torna demasiado extensa, nenhuma empresa isoladamente pode apropriar-se de rendimentos suficientes para cobrir os custos de IDI e a inovação pode ser prejudicada. Assim, algum grau de poder de mercado será preferível para a concorrência perfeita para promover a inovação¹⁵³. Se elevados graus de poder de mercado podem retardar a inovação, o mesmo acontece com a ausência total de poder de mercado¹⁵⁴.

No fundo, a base de partida é a de que o DdPI, como a posição dominante, não é condenável pela LdC; o abuso na sua utilização é que pode colidir com preceitos concorrenciais. Trata-se, na verdade, e como já o dissemos, de distinguir entre ‘existência’ e ‘utilização’ de DdPI.

De qualquer forma, como referem Elhauge & Geradin (2007: 201) as autoridades da concorrência deverão aplicar aos comportamentos que envolvam a PI os mesmos princípios gerais da concorrência que aplicam aos comportamentos associados a outros activos tangíveis ou intangíveis.

Em qualquer caso, os DdPI promovem a inovação e o progresso tecnológico e se isto não for reconhecido pela análise da LdC, corre-se o risco de proibir iniciativas que têm efeitos positivos na eficiência dinâmica do mercado¹⁵⁵.

152 *Competition Policy and Intellectual Property*, Paris, OECD, 1989 (apud Gallini & Trebilcock, 1997, p. 329).

153 No original: “some degree of market power will be preferable to perfect competition for fostering innovation”.

154 CE, 1997: 274.

155 Kolstad, 2008: 5.

É assim que, mais uma vez, recordamos a necessidade de uma abordagem meso-analítica desta matéria. A questão fundamental, por isso, é a de uma relação triangular, e não de uma relação bipolar: inovação e o crescimento económico qualificado no vértice superior, e a concorrência e a PI nos outros dois vértices; na verdade, se é certo que a concorrência se traduz num bem juridicamente protegido por normas e princípios jurídicos¹⁵⁶, não é menos verdade que a inspiração dessas normas são os imperativos e os princípios económicos e sociais subjacentes às políticas públicas, associadas a outros bens públicos ou interesses superiores da Sociedade.

Fundamental, também, será garantir um processo de escrutínio das iniciativas de legislação no âmbito dos DdPI, mais concretamente, dos direitos de propriedade industrial, por parte das autoridades da concorrência.

Aliás, dado que os problemas de concorrência podem também surgir de falhas de regulação no âmbito dos sistemas de PI, a Direcção Geral da Concorrência da U.E. deveria estar também mais envolvida na legislação europeia de PI. A legislação orientada *ex ante* para a concorrência é uma forma mais eficaz de proteger a concorrência que o controlo *ex post*, nos termos do artigo 102.º do TFUE¹⁵⁷.

As questões fundamentais em todo este debate são, afinal, as seguintes: Podem as empresas existir sem inovação? Pode a inovação existir sem a PI? Pode a PI existir sem a concorrência? Tendo em conta a análise desenvolvida, as respostas a estas questões são todas negativas.

BIBLIOGRAFIA

ANDERSON, Robert D.

2008 “Competition policy and intellectual property in WTO: more guidance needed?”, in *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law*, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 451-474.

ANDREZ, Jaime (coord.), EMPIS, José, NAZARÉ, Helena, PISSARRA, Pedro Noronha & PORTELA, Luís

2004 “A Aplicação do Sistema de Patentes em Portugal”, Parecer elaborado pelo Grupo de Trabalho da Propriedade Industrial, Conselho Superior de Ciência, Tecnologia e Inovação (30 de Novembro de 2004), in *Relatório Anual*

¹⁵⁶ Moura e Silva, 2008: 9.

¹⁵⁷ Drexler, 2008: 53.

do Conselho Superior de Ciência, Tecnologia e Inovação 2004 (pp. VI.1-22) (disponível em [http://contanatura-hemeroteca.weblog.com.pt/arquivo/Relat%F3rio%20CSCTI%20\(04\)%20part%202.pdf](http://contanatura-hemeroteca.weblog.com.pt/arquivo/Relat%F3rio%20CSCTI%20(04)%20part%202.pdf)).

ANDREZ, Jaime & MAURÍCIO, José Maria

2002 “Os novos desafios da Propriedade industrial – O sistema de patentes”, in *Marcas & Patentes* (n.º 1 de 2002), Lisboa: INPI.

ARAÚJO, Lucas Bernardes & FORTES, Flávia Teixeira

2009 “O direito da concorrência e direito de propriedade intelectual. Uma análise de sua interface”, in *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n.º 2350, 7 Dez. 2009 (disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13969>).

BANGY, Azeem Remtula & PINTO FERREIRA, João E.

1999 *Guia Prático do Direito da Concorrência – Em Portugal e na União Europeia*, Lisboa: AJE – Sociedade Editorial.

BARBOSA, Denis Borges

2006 “Propriedade Intelectual e o Direito Público da Concorrência”, apresentação em PowerPoint no Centro de Estudos das Sociedades de Advogados, em São Paulo, em Abril de 2006 (disponível em <http://denisbarbosa.addr.com/cesa.ppt>).

CAMPINOS, António (coord. geral) & COUTO GONÇALVES, Luís (coord. científica)

2010 *Código da Propriedade Industrial* (Anotado), Coimbra: Almedina.

COWEN, Tyler

2001 “Bens Públicos e Externalidades”, in *Enciclopédia de Economia* (coord. Henderson, David R. & César das Neves, João), Cascais: Principia.

DREXL, Josef

2008 “Is there a ‘more economic approach to intellectual property and competition law?’”, in *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law*, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 27-53.

ELHAUGE, Einer & GERADIN, Damien

2007 *Global Competition Law and Economics*, Oxford: Hart Publishing.

EUROPEAN COMMISSION

1997 “Difference between primary and secondary innovation”, in *OECD Policy Round Tables – Competition Policy and Intellectual Property Rights*, Paris: OCDE, pp. 271-286.

FEDERAL TRADE COMMISSION

2003 *To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy*, Report by The Federal Trade Commission, FTC, Washington, Outubro 2003 (disponível em <http://www.ftc.gov/os/2003/10/innovationrpt.pdf>).

FELS, Allan

2002 “Intellectual property and Competition”, discurso no âmbito da Conferência “Protecting Intellectual Property or Protecting Consumers: is there a trade-off?”, Melbourne Business School, Melbourne, 6 de Dezembro de 2002 (disponível em: http://www.accc.gov.au/content/item.php?itemId=88752&nodeId=95cf8b35d72f716953312e250086eb5f&fn=Fels_Mel_Bus_61202.pdf).

GALINI, Nancy & TREBILCOCK, Michael

1997 “Intellectual Property Rights and Competition Policy: A Framework for Analysis of Economic and Legal Issues”, in OECD Policy Round Tables – Competition Policy and Intellectual Property Rights, Paris: OCDE, pp. 325-364.

JASPER, Eric Hadmann

2007 *Propriedade Intelectual e Concorrência*, DPDE (Departamento de Protecção e Defesa Económica) da Secretaria de Direito Económico/Ministério da Justiça (Apresentação em p.p. no Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio, Brasília, em 5 Setembro: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/mj34431be8itemid4022b1d525c3404a828d4f07352cf1e1ptbrnn.htm>).

JONES, Clifford A.

2008 “Patent power and market power – Rethinking the relationship between intellectual property rights and market power in antitrust analysis”, in *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law*, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 239-257.

KALLAY, Dina

2004 *The Law and Economics of Antitrust and Intellectual Property – an Austrian approach*, Cheltenham: Edward Elgar.

KOLSTAD, Olav

2008 “Competition Law and intellectual property rights – outline of an economics-based approach”, in *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law*, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 3-26.

MOURA E SILVA, Miguel

2008 *Direito da Concorrência – Uma introdução jurisprudencial*, Coimbra: Almedina.

OCDE/EUROSTAT

2005 *Oslo Manual – Guidelines for Collecting and Interpreting Innovation*, Paris (disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/35/61/2367580.pdf>).

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de

2002 *Concorrência Desleal*, Coimbra: Almedina.

PITTA E CUNHA, Paulo (org.)

2008 *Tratado de Lisboa*, Lisboa: IE (Instituto Europeu da Faculdade de Direito de Lisboa).

RÉGIBEAU, Pierre & ROCKET, Katharine

2004 *The Relationship between Intellectual Property Law and Competition Law: An Economic Approach*, Essex: University of Essex / CEPR (disponível em: <http://www.essex.ac.uk/economics/discussion-papers/papers-text/dp581.pdf>).

TOM, Willard K.

1997 “Background Note”, in *OECD Policy Round Tables – Competition Policy and Intellectual Property Rights* Paris: OCDE, pp. 21-44.